

Audience publique du 19 février 2009

Recours formé par la société anonyme X., ...
contre des bulletins émis par le bureau d'imposition Sociétés 2
en matière d'impôts

JUGEMENT

Vu la requête déposée le 30 mai 2007 au greffe du tribunal administratif, inscrite sous le numéro 23000 du rôle, par Maître Jean-Pierre Winandy, avocat à la Cour, assisté de Maître Geoffrey Scardoni, avocat, les deux inscrits au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme X., établie et ayant son siège social à L-..., immatriculée au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, tendant à la réformation, sinon à l'annulation du bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2001, du bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2001, du bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2002, du bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2002, du bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2002, du bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2003, du bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2003, ainsi que du bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2003, tous émis à son encontre le 2 août 2006 par le bureau d'imposition Sociétés 2 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 30 octobre 2007 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 30 novembre 2007 par Maître Jean-Pierre Winandy pour compte de la société anonyme X. ;

Vu les pièces versées en cause et notamment les bulletins critiqués ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Marc-François Daubenfeld, en remplacement de Maître Jean-Pierre Winandy, et Monsieur le délégué du gouvernement Jean-Marie Klein en leurs plaidoiries respectives.

Constituée le 28 novembre 1997, la société anonyme X., dénommée ci-après « X. », acquit à travers deux « *option agreements* » des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999, des droits

sur un total de 2.400.000 actions de la société Y. Ltd, domiciliée à Singapour, dénommée ci-après « Y. », et une option d'achat sur ces mêmes actions, tandis que les donneurs des options restèrent les propriétaires juridiques desdites actions. Cette participation représentait 60 % du capital de Y..

En date du 5 décembre 2003, X. exerça son droit d'option et devint propriétaire des 2.400.000 actions de Y..

Suite au dépôt respectivement en date des 3 mars 2004, 27 avril 2005 et 28 mars 2006 de ses déclarations pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal pour les années 2001, 2002 et 2003 par X., le bureau d'imposition Sociétés 2 du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après dénommé « le bureau d'imposition », porta à la connaissance de X., par courrier du 6 juillet 2006, les projets d'imposition y annexés pour les années 2001 à 2003, en la priant d'y prendre position avant le 26 juillet 2006, en l'informant notamment de ce qu'il entendait ne pas admettre l'exonération d'impôts des dividendes lui versés par Y. en vertu de ses droits découlant des deux « *option agreements* » sur base des motifs énoncés comme suit :

« Dispositions de l'article 166 LIR non applicables aux revenus se rapportant aux « call options » sur actions de Y. LTD, vu que l'option sur actions « call options » de Y. LTD ne constitue pas une participation détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux ».

Sur base du même raisonnement, le bureau d'imposition informa X. également de ce qu'il entendait ne pas appliquer l'exonération d'impôt à la valeur des actions de Y. dans le cadre de la fixation de la fortune d'exploitation de X..

Par courrier du 6 août 2006, X. présenta au bureau d'imposition ses objections contre les redressements annoncés par le bureau d'imposition dans son courrier précité du 6 juillet 2006 et les annexes y attachées.

En date du 2 août 2006, le bureau d'imposition émit à l'égard de X. les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour les années 2001, 2002 et 2003, ainsi que les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2002 et au 1^{er} janvier 2003, lesquels maintinrent les redressements annoncés dans le courrier précité du 6 juillet 2006 et reprirent les motivations précitées afférentes.

En date du 23 octobre 2006, X. introduisit auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, dénommé ci-après « le directeur », une réclamation contre ces huit bulletins du 2 août 2006.

Cette réclamation n'ayant pas fait l'objet d'une décision de la part du directeur, X. a fait introduire, par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 30 mai 2007, un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins prévisés de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour les années 2001, 2002 et 2003, ainsi que des bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2002 et au 1^{er} janvier 2003.

Au vœu des dispositions combinées du paragraphe 228 de la loi générale des impôts, communément appelée « *Abgabenordnung* », en abrégé « *AO* », et de l'article 8 (3) 3. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal est compétent pour statuer comme juge du fond sur le recours dirigé par un

contribuable contre des bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et d'établissement de la valeur unitaire en l'absence de décision du directeur ayant statué sur les mérites d'une réclamation de sa part contre ces bulletins.

Le délégué du gouvernement conclut tout d'abord à l'irrecevabilité du recours dans la mesure où il est dirigé contre les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2002 et au 1^{er} janvier 2003, en raison d'un *omisso medio*, du fait que la réclamation introduite auprès du directeur en date du 23 octobre 2006 n'aurait pas été dirigée contre lesdits bulletins, ladite réclamation ne mentionnant que des bulletins d'impôt du 2 août 2006 concernant « *l'impôt sur la fortune pour les années 2002 et 2003* ». Le représentant étatique s'oppose par ailleurs à une réinterprétation des termes utilisés dans ladite réclamation, comme cela aurait pu être fait au cas où des particuliers auraient introduit ladite réclamation, étant donné que celle-ci aurait été introduite par un « *professionnel de la postulation* », ceci afin d'éviter que la disposition expresse du paragraphe 232 alinéa 2 AO ne reste lettre morte.

Dans son mémoire en réplique, la demanderesse s'oppose à l'irrecevabilité du recours *omisso medio*, dans la mesure où il est dirigé contre les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier des années 2002 et 2003, en soutenant que la réclamation n'aurait pas été introduite par un professionnel de la postulation auprès du directeur, mais par un particulier, à savoir par ses gérants, de sorte qu'il y aurait lieu de réinterpréter les termes utilisés par la réclamation. La demanderesse souhaite partant qu'il soit fait application d'une jurisprudence créée sur le fondement de l'article 249 alinéa 1^{er} LIR, en ce que les requêtes des contribuables non assistés par un professionnel devraient être interprétées plutôt dans l'intention qu'elles manifestent, au lieu de se tenir au sens littéral des termes employés.

En l'espèce, les décisions critiquées seraient aisément identifiables, de sorte que l'objet du litige ressortirait clairement de la réclamation précitée du 23 octobre 2006. Il y aurait partant lieu de réinterpréter celle-ci en la considérant comme une réclamation dirigée également contre les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier des années 2002 et 2003.

Quant au moyen d'irrecevabilité du recours soulevé par le délégué du gouvernement dans son mémoire en réponse dans la mesure où il est dirigé contre les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier des années 2002 et 2003, il échet de relever qu'un recours dirigé contre un bulletin dressé par le bureau d'imposition est irrecevable *omisso medio* si ledit bulletin et les contestations formulées n'ont pas été soumis préalablement pour examen et décision au directeur¹.

En l'espèce, par son courrier précité du 23 octobre 2006, la demanderesse a entendu adresser une réclamation au directeur également dans la mesure où « *l'impôt sur la fortune pour les années 2002 et 2003* » serait visé. Il se dégage des termes ainsi utilisés par X. qu'elle n'a pas expressément visé les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier des années 2002 et 2003. Il échet encore de relever que contrairement à ce qui a été soutenu par le délégué du gouvernement, ce n'est pas un professionnel de la postulation qui a rédigé ladite réclamation, mais le contribuable lui-même qui, même s'il s'agit d'une société ayant adopté l'une des formes de société légalement prévues, n'est pas nécessairement plus spécialisée en droit fiscal qu'un simple contribuable particulier. Par ailleurs, dans la mesure où le législateur admet la recevabilité des réclamations adressées au directeur introduites par les contribuables agissant par eux-mêmes, il y a lieu d'apprécier les termes y utilisés dans la mesure du possible

¹ trib. adm. 6 août 1997, n° 9574 du rôle, Pas. adm. 2008, V° Impôts, n° 537 et autres références y citées

de façon à en dégager le sens dont l'expression a été souhaitée par son auteur, plutôt que de s'attacher au sens littéral des mots employés, le tout au bénéfice de considérations d'effet utile².

Il y a partant lieu d'en conclure que la réclamation litigieuse du 23 octobre 2006 a également été dirigée contre les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier des années 2002 et 2003, de sorte qu'à défaut par le directeur d'avoir pris une décision dans les six mois de l'introduction de ladite réclamation, les bulletins afférents ont pu être déférés directement au tribunal, de sorte que le moyen d'irrecevabilité soulevé par le délégué du gouvernement est à écarter pour ne pas être fondé.

Le recours principal en réformation ayant par ailleurs été introduit dans les formes et délai de la loi, il est recevable. Par voie de conséquence, le recours subsidiaire en annulation encourt l'irrecevabilité.

A l'appui de son recours, la société demanderesse relate d'abord les caractéristiques essentielles des deux « *option agreements* » :

- la demanderesse a acquis au prix de 2.400.000 dollars de Singapour les options d'acheter 2.400.000 actions de Y., de manière qu'en présence d'une valeur nominale de 1 dollar par action, le prix des options est identique au prix d'achat des actions ;
- la demanderesse a le droit d'acquérir la propriété légale de toutes les actions pour le prix d'un dollar de Singapour ;
- les 2.400.000 actions de Y. représentent 60 % du capital de cette société qui a également bénéficié de prêts de la part de la société demanderesse pour un total de 10.000.000 USD ;
- les donneurs des options n'ont pas le droit de mettre fin unilatéralement aux contrats d'option,
- la demanderesse a le droit de désigner un mandataire qui exercera le droit de vote pour les 2.400.000 actions lors de n'importe quelle assemblée générale de Y., de manière que grâce à la participation majoritaire, elle peut exercer une influence directe sur la gestion et nommer des dirigeants ;
- la demanderesse bénéficie à 100 % des dividendes payés par Y. du chef des 2.400.000 actions, les donneurs des options étant obligés de lui transférer les dividendes.

La société demanderesse considère que ces deux contrats satisferaient à tous les critères d'un contrat fiduciaire, mais qu'ils ne seraient pas structurés sous cette forme légale pour la raison que le concept d'un contrat fiduciaire au sens du droit luxembourgeois se heurterait à des problèmes juridiques à Singapour. Le but de l'opération aurait résidé dans l'intention pour elle d'obtenir une participation dans le capital de Y., mais de ne pas apparaître comme actionnaire de cette société vis-à-vis des tiers pour des raisons purement commerciales.

² v. trib. adm. 9 février 1999, n° 10771 du rôle, Pas. adm. 2008, V° Impôts, n° 553 et autres références y citées

Ensuite, la société demanderesse se prévaut du paragraphe 11 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934, communément désignée « *Steueranpassungsgesetz* », en abrégé « *StAnpG* », qui exprimerait le principe en droit fiscal que la propriété économique l'emporte sur la propriété juridique, de manière que le maître économique d'un bien serait à considérer comme son « *propriétaire fiscal* » même si la propriété juridique appartient à autrui. Ainsi, devrait être qualifiée de propriétaire économique la personne étant à même d'exercer sur le bien en cause un pouvoir effectif, qui peut entièrement bénéficier des fruits de l'investissement et qui assume le risque d'une éventuelle moins-value ou perte du bien. La société demanderesse renvoie également aux circulaires administratives relatives au leasing et à l'application de ces principes généraux à la propriété d'actions par la jurisprudence allemande, au vœu de laquelle la propriété économique des actions est transférée si une autre personne que le propriétaire juridique détient une position légale à acquérir les actions que le propriétaire juridique ne peut plus lui retirer, si cette autre personne peut bénéficier d'une éventuelle plus-value et assume le risque d'une éventuelle moins-value ou perte du bien et si les droits essentiels attachés aux actions, dont surtout celui de bénéficier des dividendes et le droit de vote, sont transférés à cette autre personne. La société demanderesse renvoie finalement à l'appui de son argumentation à un arrêt de la Cour administrative du 23 décembre 2000 relatif à un démembrement de propriété portant sur des actions, ainsi qu'à une jurisprudence des Pays-Bas suivant laquelle le régime mère-filiale serait également applicable aux options d'achat.

Sur base de ces arguments, la société demanderesse considère que le bureau d'imposition lui aurait refusé à tort le bénéfice du régime mère-filiale en ce qui concerne tant l'exonération des dividendes lui payés en raison des actions en cause de Y. que l'exonération de la valeur de ces actions dans le cadre de la fixation de sa fortune d'exploitation.

Quant au fond, le délégué du gouvernement soutient que ce serait à bon droit que le privilège des sociétés mère-filiale, tel que prévu par l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, dénommée ci-après « *LIR* », n'aurait pas été reconnu à la demanderesse, au motif que la participation détenue par elle dans Y. n'aurait pas été « *détenue directement* ». Il relève dans ce contexte que la demanderesse avoue elle-même ne pas avoir conclu de contrat de fiducie avec l'actionnaire propriétaire juridique des actions en question, et il s'oppose à ce que la simple influence, même prépondérante, exercée par la demanderesse par l'intermédiaire d'une personne interposée dans Y. puisse être considérée comme une détention directe au vœu de l'article 166 précité.

Dans son mémoire en réplique, la demanderesse fait soutenir qu'il y aurait lieu de faire application du régime mère et fille, tel que prévu par l'article 166 LIR et de faire droit à l'exonération de la valeur de la participation détenue par elle dans Y. en application du paragraphe 60 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'évaluation des biens et valeurs, dénommée ci-après « *BewG* », lors du calcul de la valeur unitaire, en ce qu'il y aurait lieu de tenir compte de sa propriété économique des actions détenues dans Y., malgré le fait que la propriété juridique de ces actions appartient à un tiers dont elle pourrait à tout moment racheter les actions pour un dollar suivant les contrats d'option litigieux, sans que le propriétaire juridique ne puisse échapper à l'exercice de cette option d'achat par elle.

Elle se réfère encore à l'article 11 StAnpG qui énumérerait plusieurs cas dans lesquels un bien est fiscalement attribué non pas au propriétaire juridique mais au propriétaire économique, en soutenant que dans la mesure où sa situation serait semblable à celle créée par la signature d'un contrat fiduciaire, visé par lesdites dispositions légales, elle devrait profiter du même régime fiscal. Elle estime encore dans ce contexte que peu importe l'intitulé de son

contrat et le fait que ce contrat ne constitue pas suivant son intitulé un contrat fiduciaire, il y aurait lieu de tenir compte de la réalité sous-jacente, dans la mesure où la situation créée par les « *option agreements* » litigieux seraient tout à fait similaire à celle créée par un contrat fiduciaire, de sorte que conformément au principe de l'égalité devant l'impôt, il y aurait lieu de l'imposer de la même manière que celle qui aurait existé au cas où elle aurait conclu un contrat fiduciaire pour lesdites actions.

En conclusion à ce mémoire, la demanderesse souhaite voir réformer les bulletins litigieux en lui accordant le droit à l'exonération des dividendes reçus de la part de Y. en vertu de l'article 166 LIR et du paragraphe 9 GewStG et à l'exonération de la valeur de cette même participation en application du paragraphe 60 BewG lors du calcul de la valeur unitaire.

Au vœu de l'article 166 paragraphes (1) et (2) LIR, les revenus d'une participation dans le capital social d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités, détenue directement par une société anonyme résidente pleinement imposable, sont exonérés de l'impôt sur le revenu des collectivités lorsque, à la date de la mise à disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 pour cent ou le prix d'acquisition au-dessous de 50 millions de francs, respectivement 1.200.000 euros.

Il en découle que cette disposition ne bénéficie qu'à une participation directe dans le capital d'une autre société et que la participation doit être « *détenue* » par la société invoquant l'exonération des revenus provenant de cette participation.

La notion de détention n'étant pas autrement définie à l'article 166 LIR, il y a lieu de se référer à la disposition générale du paragraphe 11 StAnpG concernant l'imputation personnelle de revenus et de biens qui dispose sous ses points 3 et 4 que « *Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder zu treuen Händen für einen Treugeber erworben worden sind, werden dem Treugeber zugerechnet* » et que « *Wirtschaftsgüter, die jemand in Eigenbesitz hat, werden dem Eigenbesitzer zugerechnet. Eigenbesitzer ist, wer ein Wirtschaftsgut als ihm gehörig besitzt* ».

En l'espèce, il ressort des deux « *option agreements* » des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999 que la demanderesse a certes acquis une option d'achat sur les 2.400.000 actions de Y., option non autrement limitée dans le temps, et que les propriétaires juridiques des actions se sont engagés à empêcher les sociétés dont les actions furent détenues par Y. d'exécuter certaines opérations qui pourraient créer un risque pour l'activité ou la valeur de ces sociétés.

Cependant, il ressort également de ces contrats que les propriétaires juridiques conservent en principe leur droit de vote, la société demanderesse n'étant en droit que d'être consultée et d'envoyer sur demande expresse de sa part un de ses représentants, en lieu et place des propriétaires juridiques, aux assemblées générales de Y.. En outre, s'il est vrai que les deux contrats comportent en annexe des « *deed of assignment* » portant plus particulièrement sur le droit de perception des dividendes du chef des actions en cause, force est de constater que les « *deed of assignment* » versés initialement en cause à l'appui de la requête introductive d'instance, ne constituent que les projets annexés aux deux contrats des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999, non signés, contrairement aux stipulations des deux contrats suivant lesquels lesdits « *deed of assignment* » devront être signés par les propriétaires juridiques après l'attribution des actions en cause en leur faveur et remis à la demanderesse.

Au cours de l'audience des plaidoiries, un « *deed of assignment* » daté du 6 mai 1999 a été remis au tribunal. Or, il échet de constater que ce document du 6 mai 1999 n'a été signé que par le propriétaire juridique des actions litigieuses et non pas par le bénéficiaire du contrat d'option, à savoir la demanderesse. Il est vrai que conformément aux termes dudit « *deed of assignment* » du 6 mai 1999, il est prévu de transférer le droit de perception des dividendes distribués par Y. du chef des actions litigieuses en faveur de la demanderesse.

Toutefois, malgré le fait qu'il ressort du document ainsi remis au tribunal administratif que le propriétaire juridique des actions litigieuses a signé ledit « *deed of assignment* » et qu'il est daté du 6 mai 1999, à savoir à la même date que celle du deuxième « *option agreement* », il ne se dégage cependant d'aucun élément du dossier soumis au tribunal que la demanderesse ait effectivement exercé le droit qui lui revient en vertu dudit contrat d'option de percevoir les dividendes versés par Y. au sujet des actions au sujet desquelles la demanderesse possède le droit d'option ci-avant décrit.

Ainsi, à défaut par la demanderesse de rapporter la preuve ci-avant évoquée, le tribunal n'est pas en mesure de vérifier si le droit de perception des dividendes a effectivement été transféré en faveur de la demanderesse. Il s'y ajoute qu'aucune autre preuve n'a été rapportée suivant laquelle la demanderesse a perçu les dividendes des actions litigieuses de Y..

Finalement, le tribunal doit relever que les deux contrats stipulent entre autres que les propriétaires juridiques garantissent à la demanderesse qu'ils resteront les « *beneficial owners* » des 2.400.000 actions en cause pour toute la durée de validité de l'option d'achat.

Dans ces conditions, la société demanderesse, bénéficiant en substance d'une option d'achat et de certains droits afin de préserver la valeur de la participation en cause, ne peut être considérée comme bénéficiaire de cette participation et partant comme détenteur direct au sens de l'article 166 LIR. La même solution s'impose dans le cadre de l'application du paragraphe 9 n° 2a de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et du paragraphe 60 BewG.

Il s'ensuit que le recours sous analyse laisse d'être fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit le recours en réformation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié et en déboute ;

déclare le recours subsidiaire en annulation irrecevable ;

condamne la demanderesse aux frais.

Ainsi jugé par :

Carlo Schockweiler, premier vice-président,

Martine Gillardin, premier juge,

Françoise Eberhard, juge,

et lu à l'audience publique du 19 février 2009 par le premier vice-président, en présence du greffier Claude Legille.

Claude Legille

Carlo Schockweiler